

POR SALVADOR

MARTIN COCA, COMO MARIDO de D. Maria Ximenez, y por Geronimo Roman de Oliuer, como marido de doña Madalena Ortiz.

CONTRA

Francisco Roman de Oliuer, como padre, y legitimo Administrador de los menores sus hijos, y de D. Ana Vazquez su muger, y como Cessonario de Clara Vazquez, muger que fue de Pedro de Padilla, vezinos de Sanlucar.

En Granada, en la Imprenta Real de Francisco Sanchez, en frente del Hospital de Corpus Christi. Año de 1666.

N. 1. A clausula del testamento de Francisco de Quesada dize. *Y es mi voluntad, que de dicha huerta goze de su renta, y aprouechamiento por los dias de su vida Ysabel de Quesada mi hermana, con obligacion de tenerla labrada, y reparada de lo necessario, y de pagar los censos que de ella se pagan, y lo demas lo goze por via de vsufructo por su vida, y en fin della sucedan en la dicha huerta en propiedad, y possession Clara Vazquez, muger de Francisco de Padilla, Maria Ximenez, muger de Saluador Martin Coca, Madalena Ortiz, muger de Geronimo Roman, y Ana Vazquez Ramirez, muger de Francisco Roman de Oliuer.* Et ibi: *A las quales por iguales partes, tanto à vna como à otra,* les mando para quando llegue el caso la propiedad, y possession de dicha huerta, para que la ayan con cargo de los censos que sobre ella estàn, &c.

2 ¶ Cierto es, que doña Ana Vazquez, y Clara Vazquez premurieron â Ysabel de Quesada, hermana del testador, y su heredera, y q̃ sobreuiuieron Maria, y Madalena aquienes defiendo.

3 ¶ Supuesto lo dicho parece, que las dificultades q̃ se pueden ofrecer para la justificacion de la pretension de estas partes, y excluyr la de las contrarias son. La primera, si este legado dexado para en fin de los dias de la vida de Ysabel de Quesada, fue condicional, ò legado, de suerte, que la propiedad de la huerta no se les auia de adquirir à las quatro legatarias, hasta despues de los dias de Ysabel de Quesada su hermana, heredera, y legataria. La segunda, si las que premurieron à Ysabel de Quesada tenian algun derecho que poder transmitir à sus hijos. La tercera, y vltima, el punto de el derecho de acrecer.

4 ¶ Iuzgaua la corta capazidad mia, que este era vn legado condicional: y fundauase, en que quando el testador dispone a fauor de las quatro legatarias, y sin auer antecedentemente hecho mencion de ellas para cosa alguna, es diziendo: *Que despues de muerta Ysabel de Quesada, sucedan en la propiedad, y possession de dicha huerta las dichas quatro legatarias.*

5 ¶ Llamolas à la sucession de la propiedad, y possession de dicha huerta, para despues de la muerte de Ysabel de Quesada, luego parece corre con llaneza, que este legado de esta propiedad, y possession fue condicional? vt est *text. vulgaris*

garis, in l. hæres meus, ff. de condit. & demonstrat. ibi: *Hæres meus cum ipse morietur centum Titio dato, legatum sub conditione relictum est; quamuis enim hæredem moriturum certum sit, tamen incertum est an legatario viuo dies legati non cedit, & non est certum ad eum legatum peruenturum, l. 4 ff. quando dies legati cedat, l. vnio nostræ, §. sin autem sub conditione, C. de caduc. tollend.* Alvar. Valasc. *consult.* 122. *num.* 3. ibi: *Vocatus post mortem alicuius habet ius, & spem conditionalem succedendi si illi post cuius mortem successurus est superuiuat, &c.* Mantic. *de coniect. lib. 4. tit. 5. artic. 5. num. 2.* & ex quam plurimis Dom. Castill. *tom. 4. controu. cap. 56. à nu. 71.* vers. *Quartus denique, & vltimus casus, & n. 80.* vers. *Reddeundo itaque,* ibi: *Vtpote cum ipsi omnes, & cæteri communiter cõcludant legatum post mortem alterius relictum conditionale esse nam, & si certum est hæredem moriturum, aut alterum post cuius mortem relinquitur attamẽ incertum est quando morietur, posset etenim ita decedere ante legatarium, quam post, &c.*

6 ¶ Y siendo legado condicional, es sin disputa, que no sobreuiuiendo á aquel despues de cuya muerte fueron llamados, no ay derecho que se transmita, porque solo se les adquirió a las legatarias vna esperança de suceder en aquella propiedad que se les legò condicionalmente, ò para dia incierto, que es lo mismo, como lo fue el de la muerte de Ysabel de Quesada, *l. 1. ff. de condit. & demonstr.* ibi: *Hæres meus cum morietur 10. dato, nam diem incertum mors habet eius, & ideò si legatarius ante decesserit ad hæredem eius legatum non transit, quia non cessit dies viuo eo, quamuis certum fuerit moriturum hæredem, dict. l. hæres meus 79. eod. tit.* Valasc. *dict. consultat. 122. nu. 3.* Dom. Castill. *dict. tom. 4. cap. 56. n. 71.* vers. *Quartus denique.*

7 ¶ Ibi: *Cum dies non est omnino incertus, sed solum incertus, quando vt si testator legauit.* 100. *Quando hæres ipse morietur, vel post mortem hæredis, hoc casu, & si certum est hæredem moriturum, attamen incertum est quando morietur, posset enim ita decedere ante Caium legatarium, quam post, & propterea tamquam si expressa conditio esset adiecta non transmittitur ad hæredes legatarij eo decedente ante hæredem.* Y prosigue citando leyes, y Autores.

8 ¶ Ayllon à Antonio Gomez, refiriendo otros muchos, *tom. 1. var. cap. 9. sub num. 45.* ibi: *Legata fideicommissa prælegata, seu meliorationes sub aliqua conditione non esse transmissibilia resoluunt supra citati, &c.*

9 ¶ Demas, que la voluntad del testador de q̃ no se les adquiriesse à las quatro legatarias la propiedad de la huerta hasta despues de muerta Ysabel de Quesada parece que està muy clara, y que no necessita de interpretacion alguna; porque en la clausula quando llega à disponer a su fauor dize, que en fin de los dias de la vida de Ysabel de Quesada sucedan en la propiedad de dicha huerta; luego es clara la voluntad, que en muriendo Ysabel de Quesada es quando han de suceder en dicha propiedad, y no antes, porque assi lo dize el testador, q̃ en fin de los dias, &c.

10 ¶ Y mas adelante dize: *Les manda la dicha propiedad para quando llegue el caso*, esto es de morirse Ysabel de Quesada; luego no para antes que muera.

11 ¶ Ni obstarà à lo dicho si se dixere, que aunque es verdad lo referido, y que no auia hecho mencion de las quatro legatarias antes de auer dicho, *que en fin de los dias de Ysabel de Quesada sucediessen en la propiedad de dicha huerta las susodichas*; pero que dexaua dicho, que *Ysabel de Quesada su hermana gozasse de los frutos, y rentas de dicha huerta por los dias de su vida, con carga de pagar los reditos de los censos, y de repararla por via de vsufructo.*

12 ¶ De cuyas palabras parece se pudiera tomar ocasion para esforçarse à dezir por la otra parte, que haziendo mẽcion, de que gozasse por via de vsufructo de dicha huerta, fue dar à entender, que no le dexaua la propiedad, y no dexandosela a ella para aquel intermedio desde la muerte de el testador, hasta el dia de la muerte de su hermana Ysabel de Quesada, para que no estuuiesse en el ayre esta propiedad, aunque sea impropiando las palabras de la clausula se ha de presumir quiso que en dicha propiedad sucediessen luego por iguales partes las dichas quatro legatarias en falleciendo el testador.

13 ¶ Durissimo parece à la cortedad de mi ingenio este sentir, aunque se quiera apoyar con la *l. quisquis 28. C. de donat.* y con la *l. argentum, §. sed si quidem, C. eod.* por las quales se prueua, que quando en la donacion, ò venta ay reserua de vsufructo, se entiende auer tradicion ficta, y en consequencia transferirse el dominio en el comprador, ò donatario, D. Molin. *de primog. lib. 4. cap. 2. à num. 7. pracipuè nu. 9.* Xamar *definit. 74. num. 10.* Amatto, *resol. 26. nu. 3.* Seraphin. Massin. *de confisc. bonor. q. 35. n. 66.*

14 ¶ Y por argumento de contracto à las materias de vltimas voluntades, querer induzir estos textos, y doctrinas

nas que hablan en ventas, y donaciones entre viuos.

15 ¶ Porque se satisfaze lo primero, que el argumẽto de contractos â vltimas voluntades no corre, ni es legitimo quando adest diuersa iuris dispositio, vel diuersa ratio, Neuisan. *consf.2.num.*34. Paul. de Castr. *consf.*161.*col.*2.*lib.*1. Alex. *consf.*61.*num.*2. vers. *Non obstat quod in vltimis, libr.*1. Monera, *de distribut. quotid. part.*3. *quæst.*4. *nu.*14. Tusch. *lit. A. conclus.*495. *num.*12. Mantic. *de tacit. & ambig. tom.*1. *tit.*1. *libr.*2. *num.*17. August. Barbos. en los lugares, *comm. loco* 26. *num.*4.

16 ¶ Y en este caso ay diuersa disposicion de derecho, y razones diuersas, con que no puede correr el argumento de contractos â vltimas voluntades.

17 ¶ Pruevase, de que aunque està controuertida la question, si en la disposicion de derecho se ha de dar, ô considerar vsufructo causal, ò formal solamente para la inteligencia de la voluntad de los Testadores, la mas comun, y recibida opinion, y aprouada por mas numero de Doctores, es que ay vsufructo formal, este separado de la propiedad, y que ay vsufructo causal, que es la comodidad de gozar de los bienes, y este anda conexo con la misma propiedad, Dom. Castill. *de vsufruct. cap.*1. *â num.*16. *vsque* 19. donde refiere sobre quarenta y ocho Autores, que la llaman mas verdadera, y mas comun, y â esta defiende, y sigue Dom. Vela, *dissert.*47. *n.*3.

18 ¶ Y debaxo de esta palabra vsufructo se puede cõprehender el causal, porque esta palabra vsufructo es comprehensiua, assi del formal, como del causal, Dom. Castillo, *dict. cap.*1. *num.*17. Mantica, *de coniectur. libr.*4. *tit.*5. *articul.*7. *num.*5.

19 ¶ De suerte, que esta palabra vsufructo, in vltimis voluntatibus aliquando accipitur pro formali vsufructu qui separatus est, & multum distat à propietate, quandoque vero accipitur pro vsufructu causali, qui cunctus est propietati cuius est pars integralis palabras son de Mantica, *de coniect. tit.* 5 *lib.*9. *num.*7.

20 ¶ Y para saber de que vsufructo hablò el Testador en la clausula de este legado, es necessario acudir â su testamento, y vltima disposicion, y ver como dispuso, y à favor de quien, y por que tiempo, y para quãdo, y por estos indicios, y conjecturas se ajustarà. *Ex coniecturis autem sit interpretatio de quo vsufructu testator senserit*, dixo Mantic. *de coniect. dict. tit.*5. *lib.*9. *num.*8.

De

21 ¶ De lo dicho infiero, que no porque dixesse el testador, que Ysabel de Quesada su hermana gozasse de la renta de dicha huerta por su vida, por via de vsufructo fue visto disponer de la propiedad a fauor de estas partes, y las contrarias, para que luego entrassen gozando de ella fallecido el susodicho; porque si es compatible, y no repugna el que el testador dexasse la huerta por via de vsufructo a Ysabel, y que este vsufructo de que hablò el testador pueda entenderse del causal, y conjunto con la propiedad, por los dias de su vida, como no hemos de presumir hablasse del causal el fundador, siendo Ysabel su hermana, y vnica heredera, y a quien dexò toda su hazienda, y no mandando la propiedad de esta huerta â persona alguna hasta despues de muerta Ysabel de Quesada? y como se ha de dar lugar a impropiar las palabras de la Clausula, quando ay sentido literal, y conforme a la disposicion de derecho? *ad text. in l.* 104. *alias* 106. *in fin. princip. ff. de legat.* 1. ibi: *Cum, & significatio verborum non repugnet huic sentētiæ, & voluntas testatoris congruat.*

22 ¶ Ponderô en este particular las palabras de la Clausula. *Goze de sus rentas, y aprouechamiento por los dias de su vida, por via de vsufructo*, y reparo, què no dize le dexa vsufructo de la huerta, si no *por via*, esto es a manera, ò modo, ô simil de vsufructo, para dar â entender, que aunque le dexaua la propiedad, respecto de que para despues de los dias de su vida la auia de mandar, y podia ser que sobreuiuiessen las quatro que despues llamô, ò algunas de ellas no la auia de poder enagenar; pero no porque le dexasse vsufructo formado, si no por via de vsufructo.

23 ¶ Y en el caso de este pleyto me pareciò que hablaua Menoch. *de præsumpt. lib. 4. præs.* 201. *num.* 50. donde pone el caso. Vn testador legò a Pedro ciertos bienes para en fin de la vida de su muger à quien dexô el vsufructo de ellos, muriò el legatario antes que la muger vsufructuaria, y dize, que se caducô el legado, y consiguientemente no se transmitiò a sus herederos.

24 ¶ *His adductus aliquando respondi, quod cum testator reliquisset bona cuidam, finito vsufructu eorum relicto prius vxori, & legatarius decessisset, superstite vsufructuaria, legatum caducum effectum fuisse dicebam, adque ita etiā trāsmitti non potuisse ad hæredes ipsius legatarij, cum legatum illud diceretur factum in diem incertum quando, &c.* palabras de Menoch. que refiere el señor Castill. *d. tom. 4. cap. 56. sub n. 80.* vers. *Sic sane.*

Por

513

25 ¶ Porque el testador le dexò la propiedad de los bienes para despues de acabado el vsufructo que auia dexado de ellos à su muger, y assi para despues de muerta, que es quãdo se acabaua, §. *finitur autem, institutend. de vsufruct.* y consiguientemente, para que en el se radicasse la propiedad, era necessario estuuiesse viuo quando llegò, y cediò el dia en que se le auia de adquirir, para que mediãte esto pudiera tener derecho adquirido, y propiedad que poder transmitir, pero como faltò la persona, mediãte la qual se dà el derecho de transmitir antes de adquirir la propiedad, no pudo transmitirse lo que el no tenia.

26 ¶ Y quando desde la muerte del testador, hasta el dia de la muerte de Ysabel de Quesada no estuuiera el dominio, y propiedad en Ysabel de Quesada, como legataria, estaria como heredera, pero no en estas partes, ni las contrarias, pues no se la dexò mientras viuiesse dicha Ysabel de Quesada, §. 1. *instit. de vsufruct.* ibi: *Vt ecce si quis vsumfructum alicui legauerit nam hæres nudam habet propietatem legatarius vero vsumfructum.*

27 ¶ De suerte, que podemos dezir general, è indistintamente, ò por razon de vsufructuaria, ò por razon de heredera, que representaua en todo al testador, que en el intermedio que huuo del dia de la muerte del testador, hasta el de Ysabel su hermana, lo que dize el texto en la *l. fundus, detract. 4. ff. si vsusfruct. petat.* ibi: *Dixi interim cum proprietate vsumfructum esse.*

28 ¶ Y por no alargarme en quanto lo dicho, parece son à proposito las palabras del señor Castill. *d. tom. 4. cap. 56. num. 80.* vers. *Secundus casus est*, ibi: *Id autem procedit etiam si titulo particulari legati bona post mortem vsufructuarij relinquãtur alicui, nam si ipse decessisset superstite vsufructuaria legatum efficeretur caducum, & tamquam relictum in diem incertum non transmittitur, sicut rectissime respondit aliquãdo Menoch. &c.*

EN QVANTO AL DERECHO de acrecer.

29 DAdas por caducas las porciones de D. Ana Vazquez, y doña Clara Vazquez, y que no se transmitieron, q̃ es el fundamento para el derecho de acrescer.

30 ¶ Parece que en este caso corre cõ llaneza, que las por-

porciones de dichas doña Ana, y D. Clara se juntaron, y acrescieron à las de estas partes.

31 ¶ Porque en esta clausula ay conjuncion verbis rectè coniuncti; pues dize, sucedan en la propiedad de dicha huerta, Ana, Clara, Maria, y Madalena, y aunque parece ay hecha diuision por el testador de las porciones, en que auian de suceder æquis portionibus, ò por iguales partes, tanto la vna, como la otra, esta se llama diuision intelectual, y no real, y se llama sin embargo de dicha diuision recta conjuncion, y ha lugar el derecho de acrescerse las porciones caducas, y sin transmission à las que subsistierõ, que fueron las destas partes.

32 ¶ Michael Grasus, *de success. in §. ius accrescendi, quæst. 8. nu. 4.* ibi: *Communis est regula, quod semper habet locum inter coniunctos verbis ius accrescendi, quando sunt rectè coniuncti, quod fit quando eadem res relicta fuit, & tantummodo per intellectum facta separatio, vt dicendo æquis portionibus.*

33 ¶ Dom. Castill. *dict. tom. 4. cap. 56. num. 78.* ibi: *Imo inter verbis tantum coniunctos semper habet locum ius accrescendi, quando sunt rectè coniuncti, idest quando eadem res relicta est, & tantummodo per intellectum est facta separatio, vt dicendo æquis portionibus*, y refiere à Bartul. Bolog. Menchac. Corras. Anton. Fabr. y se cita assimismo en el *tom. 1. controu. cap. 48. num. 16. 19. y 26.* donde refiere otros muchos Autores.

34 ¶ Por estos fundamentos, y otros que por la breuedad se omiten, pretenden estas partes se reuoque la sentencia de vista, y se confirme la de el Iuez inferior. Salva in omnibus, &c.

L. D. Pedro Martinez de Alaua.